

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES MIXTAS

Piedecuesta, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Procede el Despacho a proferir el correspondiente fallo dentro de la acción constitucional de tutela instaurada por **CAROLINA MARLEXWY VALENCIA ZABALA**, actuando en representación de **SANTIAGO RODRIGUEZ VALENCIA** en contra de **SANITAS EPS**, con vinculación de oficio a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud **ADRES y FUNDACION OFTAMOLOGICA DE SANTANDER-CLINICA FOSCAL**, a fin de proteger los derechos fundamentales a la vida y salud.

1.1. Hechos de la tutela.

Expuso el accionante como sustento fáctico de la solicitud de amparo, con relevancia para el estudio del presente asunto, lo siguiente:

Que su hijo **SANTIAGO RODRIGUEZ VALENCIA**, fue diagnosticado de encefalopatía epiléptica de inicio temprano tipo 13- Canalopatía SC1 Epilepsia Focal estructural, discapacidad intelectual y deficiencia de vitamina D, por lo que el galeno tratante le ordenó el procedimiento denominado: “Implantación de Neuroestimulador Nervio Vago”

Refirió que a la fecha **SANITAS EPS**, no le autorizó el procedimiento en la Clínica Foscal, pues esta le manifiesta que con la **EPS** deben realizar un proceso administrativo.



Manifestó que su hijo se encuentra convulsionando todos los días, desmejorando su calidad de vida, pudiendo llegar a presentar una muerte súbita.

1.2. Pretensión.

Por los anteriores hechos solicitó que le protejan los derechos fundamentales a la vida y salud y seguridad social ORDENAR a SANITAS EPS y FUNDACION OFTAMOLOGICA DE SANTANDER-CLINICA FOSCAL que realicen el procedimiento administrativo para llevar a cabo la Implantación de Neuroestimulador Nervio Vago para SANTIAGO RODRIGUEZ VALENCIA.

1.3. Admisión y trámite.

El asunto constitucional fue avocado en auto del 21 de marzo del 2023, proveído en el que se dispuso la notificación de la accionada, disponiéndose correr traslado del libelo tutelar con el fin que la autoridad accionada se pronunciara sobre los hechos y pretensiones, y ejerciera su derecho de defensa y contradicción, disponiéndose de este modo darle el trámite previsto en el decreto 2591 de 1991.

1.4. Manifestaciones de la accionada y vinculadas.

➤ ADRES

Indicó que es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, ni tampoco tiene funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar a una EPS, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esta entidad, enunciando la falta de legitimación en la causa por pasiva de esta entidad.

Mencionó que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios



mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS.

➤ **FUNDACION OFTAMOLOGICA DE SANTANDER-CLINICA FOSCAL**

Indicó que, prestan sus servicios a usuarios de diferentes entidades a través de un contrato de prestación de servicios médicos acorde con el Plan de Beneficios en Salud, previsto legalmente y que conforme con la Ley 100 de 1993 y Ley 1122 de 2007, no puede autorizar servicios; la única que puede autorizar procedimientos quirúrgicos, medicamentos, exámenes, tratamientos, citas médicas, terapias, insumos, viáticos (transporte, hospedaje y alimentación), servicios de enfermería, servicios de ambulancia, exoneración de copagos, cuotas moderadoras y en general todo lo que llegare a requerir un paciente, es la entidad promotora de Salud—EPS— por regla general o quien haga sus veces, lo que para el caso concreto le correspondería a la SANITAS EPS la autorización de los procedimientos le corresponde única y exclusivamente a la EPS del usuario, quienes por obligación legal y Constitucional deben garantizarla; pues de acuerdo a la normativa expuesta anteriormente, debe la EPS en cumplimiento de sus obligaciones legales, ser la encargada de autorizar y procurar por la efectiva prestación de los servicios y prestaciones en salud que requiere el paciente.

➤ **SANITAS EPS**

Manifestó que, el señor SANTIAGO RODRIGUEZ VALENCIA, se encuentra afiliado al sistema de salud a través de la EPS SANITAS S.A.S., en el Régimen Contributivo, entidad desde la que se activa el proceso de atención por la red de prestadores para garantizar los servicios que requiere el usuario, por lo que solicitaron programación del servicio a la IPS FOSCAL, a través de los correos electrónicos sandra.rangel@foscal.com.co, central.asignacionevento@foscal.com.co, auxiliar.admisiones16@foscal.com.co, auxiliar.admisiones47@foscal.com.co, auxiliar.admisiones19@foscal.com.co, hida.oviedo@foscal.com.co, quienes se encuentran pendiente de respuesta de la programación.



Señaló que, SANTIAGO RODRIGUEZ VALENCIA cuenta con volante de autorización número 218463636 direccionado a la IPS FUNDACION OFTALMOLOGICA DE SANTANDER CLINICA CAL, donde será valorado por especialidad.

Refirió que, la asignación de las citas para atención médica, procedimientos, exámenes paraclínicos, etc., no depende Sanitas, ya que son cada una de las IPS quienes manejan y disponen de sus agendas (que no solo están dispuestas para los afiliados de EPS Sanitas sino también para otros afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud) acorde con las condiciones de oferta y demanda de cada institución, siendo esta una gestión de terceros no imputable a EPS Sanitas, toda vez que la misma sale del ámbito de control.

Solicitó se deniegue la acción de tutela por improcedente y se ordene el recobro del 100% ante el ADRES.

2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Constitución de 1.991, en su artículo 86, consagró el derecho de toda persona a ejercer la acción de tutela ante los Jueces de la República, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, para pedir la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando considere que los mismos se encuentran vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en algunos casos especiales.

No obstante, no basta con que el accionante alegue la violación de un derecho Constitucional fundamental para que proceda su protección por vía de tutela, pues esta acción de orden constitucional tiene un carácter subsidiario al que solo se puede acudir cuando no exista otro medio judicial eficaz al que se pueda acudir para la defensa de los intereses de quien demanda.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA. Sentencia T-581/09 Corte Constitucional.



El derecho a la vida humana está establecido desde el preámbulo mismo de la Constitución, como un valor superior que debe ser asegurado y protegido por el Estado, tanto por las autoridades públicas como por los particulares.

La Corte en varias de sus sentencias ha reiterado, que las entidades intervinientes en la prestación del servicio de salud deben aplicar el derecho a la seguridad social, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establece la ley y el artículo 365 de la Constitución, que señala como características de los servicios públicos ser un servicio inherente a la finalidad social del Estado y que como tal, tiene el deber de asegurar su prestación de manera eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

De igual manera, esta Corporación ha destacado la importancia del derecho a la vida, como el más trascendente y fundamental de todos los derechos y ha indicado que éste debe interpretarse en un sentido integral de “existencia digna” conforme a lo dispuesto en el artículo 1º Superior, que establece como principio fundamental “el respeto de la dignidad humana.”

Ahora bien, inicialmente esta Corporación en varios pronunciamientos explicó que el derecho a la salud es de carácter prestacional, pero que podría llegar a ser protegido por la acción de tutela cuando se diera su conexidad con un derecho fundamental.

Posteriormente, la Corte matizó esta posición y en varias providencias reconoció el carácter de fundamental y autónomo del derecho a la salud. Para el caso por ejemplo, de las personas de la tercera edad, de los niños o en situaciones en los que la Ley hubiere definido el derecho.

En la Sentencia T-760 del treinta y uno (31) de julio de dos mil ocho (2008), la Corte Constitucional analizó las distintas posiciones jurisprudenciales desarrolladas para la protección del derecho a la salud, entre ellas la conexidad y planteó que ésta ya no debía utilizarse, porque el derecho a la salud es de aplicación autónoma, partiendo de la base que hay unas normas específicas que lo desarrollan y por tanto se hace exigible como fundamental.

Se explica que un derecho no es fundamental por estar o no en un capítulo específico de la Constitución, pues el artículo 94 establece que no todos los derechos están consagrados expresamente en el texto. En esas condiciones no pueden negarse como derechos aquellos que ‘siendo inherentes a la persona humana’, no estén enunciados en la Carta.

En ese contexto, la Corte aborda el tema de la fundamentalidad del derecho al servicio de salud y la obligación del Estado de implementar una política de salud progresiva acorde con las necesidades y los avances de la medicina.

Sobre el punto se dijo lo siguiente:

“(…) Algunas de las obligaciones que se derivan de un derecho fundamental y que tienen un carácter prestacional, son de cumplimiento inmediato, bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos (por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico), o porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del



asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida –art. 50, CP–).

“(…) Otras de las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento progresivo, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho. Tanto la decisión democrática acerca del grado de protección que se brindará a un derecho fundamental en sus facetas prestacionales, como la adopción e implementación de las formas específicas de garantizar su efectivo respeto, protección y cumplimiento, suponen que el cumplimiento de este tipo de obligaciones se logre progresivamente. En tal sentido, el cumplimiento de este tipo de obligaciones no se satisface con la simple actuación estatal, ésta debe ser ajustada a la Constitución, por lo que debe estar encaminada a garantizar el goce efectivo de los derechos.

“(…) 3.3.7. Ahora bien, la Corte no sólo reconoce que la defensa de muchas de las facetas prestacionales de un derecho constitucional requiere acciones variadas y complejas por parte del Estado. También reconoce que les compete a las autoridades constitucionalmente establecidas para tal labor, decidir cuáles son las acciones y medidas necesarias para que se garantice el derecho del accionante. Garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales, sean estos de libertad o sociales, es un mandato constitucional que irradia el ejercicio del poder público y determina una de sus funciones principales en un Estado Social de Derecho.

“(…) 3.3.8. La progresividad justifica la imposibilidad de exigir judicialmente en casos individuales y concretos, el inmediato cumplimiento de todas las obligaciones que se derivarían del ámbito de protección de un derecho constitucional, pero no es un permiso al Estado para que deje de adoptar las medidas adecuadas y necesarias orientadas a cumplir las obligaciones en cuestión, valga repetir, progresivamente. Para la jurisprudencia “el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse.

“(…) 3.3.9. Para la jurisprudencia constitucional, cuando el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental depende del desarrollo progresivo, “lo mínimo que debe hacer [la autoridad responsable] para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de [un derecho fundamental] en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa, es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos. Por ello, al considerar un caso al respecto, la Corte señaló que si bien el accionante ‘no tiene derecho a gozar de manera inmediata e individualizada de las prestaciones por él pedidas, sí tiene derecho a que por lo menos exista un plan’.

“(…) En consecuencia, se desconocen las obligaciones constitucionales de carácter prestacional y programático, derivadas de un derecho fundamental, cuando la entidad responsable de garantizar el goce de un derecho ni siquiera cuenta con un programa o con una política pública que le permita avanzar progresivamente en el cumplimiento de sus obligaciones correlativas.”

De lo anterior se desprende que el derecho a la salud es fundamental desde una perspectiva prestacional, el cual implica i) la existencia de una ley que lo



desarrolle; es decir el Plan Obligatorio de Salud junto con las normas reglamentarias y ii) la obligación del Estado de tener una política que implique cubrir paulatinamente cada necesidad que se presente en la ejecución del servicio de salud. Entonces cuando se presenta una deficiencia por parte del Estado para garantizar progresivamente el cubrimiento de las distintas enfermedades o patologías que una persona llegue a necesitar, se hará procedente la acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la salud.

CASO EN CONCRETO

En el presente asunto depreca la accionante que se protejan los derechos fundamentales a la vida y a la salud de SANTIAGO RODRIGUEZ VALENCIA, en consecuencia, ORDENAR a SANITAS EPS y FUNDACION OFTAMOLOGICA DE SANTANDER-CLINICA FOSCAL que realicen el procedimiento administrativo de cara a llevar a cabo la Implantación de Neuroestimulador Nervio Vago para SANTIAGO RODRIGUEZ VALENCIA.

Frente al cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción en casos como el presente se tiene acreditada la legitimación en la causa por activa y por pasiva, dado que, es la accionante actúa es representación de SANTIAGO RODRIGUEZ VALENCIA, pues se evidencia que el mismo fue diagnosticado de encefalopatía epiléptica de inicio temprano tipo 13- Canalopatía SC1 Epilepsia Focal estructural, discapacidad intelectual y deficiencia de vitamina D, razón por la cual su progenitora interpuso la acción para la protección de los derechos fundamentales ante la entidad accionada quien se encuentra a cargo de la prestación de sus servicios de salud según la vinculación realizada a través del Régimen De Seguridad Social En Salud y finalmente respecto de la inmediatez la prestación de salud objeto de reclamo es actual e inminente.

Finalmente, no existe otro mecanismo jurídico que le ofrezca a la accionante una solución eficaz y pronta al problema que presenta para acceder a la prestación del servicio médico requerido por SANTIAGO RODRIGUEZ VALENCIA, prestación que requiere para el tratamiento de la enfermedad que padece encefalopatía epiléptica de inicio temprano tipo 13- Canalopatía SC1 Epilepsia Focal estructural, discapacidad intelectual y deficiencia de vitamina D.

Así las cosas, ante el panorama expuesto en líneas previas, es menester analizar si en el caso de marras se vulneraron los derechos del SANTIAGO



RODRIGUEZ VALENCIA y si se configuran los requisitos para acceder a sus pretensiones para que la EPS e IPS accionadas autorice y materialicen el procedimiento denominado: “Implantación de Neuroestimulador Nervio Vago”, conforme fue ordenado por el médico tratante.

Sobre tal circunstancia SANITAS EPS manifestó que solicitaron la programación del servicio a la IPS FOSCAL, y la IPS FOSCAL refirió la encargada de autorizar y procurar por la efectiva prestación de los servicios y prestaciones en salud que requiere el paciente es la EPS Sanitas.

Revisada la historia clínica adjunta se observa que al usuario del sistema, SANTIAGO RODRIGUEZ VALENCIA le fue ordenado desde 17 de febrero de 2023 la Implantación de Neuroestimulador Nervio Vago, evidenciando que la misma cuenta con autorizar así: *“autorizar tarifa diferencial y dirigir autorización a clínica FOSCAL”*, sin que desde esa fecha SANITAS EPS haya autorizado y materializado lo ordenado por el médico tratante.

Por lo anterior, resulta evidente que la SANITAS EPS y la FUNDACION OFTAMOLOGICA DE SANTANDER-CLINICA FOSCAL han venido vulnerando el derecho fundamental a la salud de SANTIAGO RODRIGUEZ VALENCIA al no materializar la Implantación de Neuroestimulador Nervio Vago, ordenado por el médico tratante, tal como se aprecia en la orden aportada, exponiendo al usuario a una conducta negligente de la entidad promotora de Salud, que constituye la mejor prueba de la desatención administrativa y de la vulneración de los derechos del paciente, ya que el galeno tratante le ordeno desde el 20 de febrero de 2023, la Implantación de Neuroestimulador Nervio Vago, situación por la cual SANITAS EPS y la FUNDACION OFTAMOLOGICA DE SANTANDER-CLINICA FOSCAL tienen la responsabilidad exclusiva como entidades prestadoras de salud de brindar el tratamiento requerido por SANTIAGO RODRIGUEZ VALENCIA. .

Lo anterior por cuanto lo realmente importante es la efectividad en la prestación del servicio de salud, de la cual indiscutiblemente hace parte la autorización de la orden emitida por el médico tratante, pues es esta la forma por excelencia en que se concreta el cumplimiento y el respeto por el derecho a la salud de los afiliados; de modo que, llama la atención del Despacho la forma desentendida en la que



SANITAS EPS y la FUNDACION OFTAMOLOGICA DE SANTANDER-CLINICA FOSCAL han dejado a la deriva el tratamiento que requiere SANTIAGO RODRIGUEZ VALENCIA desde el 20 de febrero de 2023 cuando le fue ordenado por su médico tratante la Implantación de Neuroestimulador Nervio Vago, evidenciando de igual manera que han incumplido con la orden decretada en la medida provisional aludida el 21 de marzo de 2023.

Por tal motivo, se concederá el amparo rogado y se ordenará a SANITAS EPS y la FUNDACION OFTAMOLOGICA DE SANTANDER-CLINICA FOSCAL que en el término de cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación de este provisto autorice y materialice la Implantación de Neuroestimulador Nervio Vago, a SANTIAGO RODRIGUEZ VALENCIA, para el tratamiento de la patología encefalopatía epiléptica de inicio temprano tipo 13- Canalopatía SC1 Epilepsia Focal estructural, discapacidad intelectual y deficiencia de vitamina D, conforme fue ordenado por el médico tratante.

Finalmente, se advierte que no es procedente por vía de tutela conceder a SANITAS EPS la facultad de recobro ante la ADRES en atención a lo aquí ordenado en esta sentencia, frente a los costos en que incurra frente a las ordenes aquí dadas y, en cumplimiento del fallo de tutela pues precisamente dicha EPS, de manera previa, recibió la suma asignada para el cubrimiento de servicios no incluidos en el Plan de beneficios en salud, en cumplimiento de los actos administrativos emitidos por el Ministerio de Salud y Protección Social.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones mixtas de Piedecuesta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos a la vida y salud y seguridad social, de SANTIAGO RODRIGUEZ VALENCIA identificado con cédula de ciudadanía N° 1005541214, por las razones consignadas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO: ORDENAR a **SANITAS EPS** y a la **FUNDACION OFTAMOLOGICA DE SANTANDER-CLINICA FOSCAL** que en el término de



cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este proveído autorice y materialice la Implantación de Neuroestimulador Nervio Vago, SANTIAGO RODRIGUEZ VALENCIA, para el tratamiento de la patología encefalopatía epiléptica de inicio temprano tipo 13- Canalopatía SC1 Epilepsia Focal estructural, discapacidad intelectual y deficiencia de vitamina D, conforme fue ordenado por el médico tratante.

TERCERO: NO CONCEDER a SANITAS EPS la facultad de recobro ante ADRES por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: DESVINCULAR de la presente acción al ADRES por no avizorarse responsabilidad en su contra.

QUINTO: ADVERTIR que el incumplimiento de lo aquí ordenado acarreará la iniciación de los procedimientos sancionatorios de desacato, conforme los lineamientos contenidos en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: Si esta decisión no fuere impugnada, remítase dentro del término legal a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE SUAREZ DELGADO
JUEZ.